

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. TINJAUAN UMUM HUKUM PIDANA ADAT

1. Istilah dan Pengertian Hukum Pidana Adat

Perspektif peraturan perundang-undangan Indonesia (*ius constitutum*) terminologi hukum adat dikenal dengan istilah ‘hukum yang hidup dalam masyarakat, *living law*, nilai-nilai hukum rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, hukum tidak tertulis, dan lain sebagainya. Kemudian muncul terminologi hukum pidana adat, adat delik, hukum adat pidana.²²

Menurut Muladi bahwa hukum pidana adat dilandasi falsafah harmoni dan *communal*, bersama dengan itu juga menegaskan hukum pidana adat apabila akan mencakup ‘*law making*’ dan ‘*law enforcement*’ setidaknya memenuhi persyaratan sebagai berikut²³:

- a. Tidak semata-mata untuk tujuan pembalasan dalam arti tidak bersifat ad hoc.
- b. Harus menimbulkan kerugian atau korban yang jelas (bisa aktual dalam delik materiil dan bisa potensial dalam delik formal).

²² Lilik Mulyadi, *Eksistensi Hukum Pidana Adat Di Indonesia: Pengkajian Asas, Norma, Teori, Praktik dan Prosedurnya*. Jurnal Hukum dan Peradilan, volume 2 No. 2, edisi 2013.

²³ Nyoman Serikat P. J, *Hukum (Sanksi) Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Jurnal Masalah-Masalah Hukum, Jilid 45 No. 2, edisi April 2016.

- c. Apabila masih ada cara yang lain yang lebih baik dan lebih efektif jangan digunakan hukum pidana.
- d. Kerugian yang ditimbulkan karena pemidanaan harus lebih kecil daripada akibat kejahatan.
- e. Harus didukung masyarakat,
- f. Harus dapat diterapkan secara efektif.

2. Kedudukan Hukum Adat Dalam Hukum Pidana Nasional

Hukum adat memiliki ruang dalam hukum nasional yang tercantum secara konstitusional, pasal 18B ayat (2) Undang-Undang Dasar tahun 1945:

“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia selanjutnya diatur dalam undang-undang”.

Selain pengakuan secara konstitusional hukum adat juga terdapat dalam beberapa undang-undang, diantaranya UU No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, sebagaimana tercantum dalam pasal 6 ayat (1) dan ayat (2):

“Dalam rangka penegakan Hak Asasi Manusia, perbedaan dan kebutuhan, dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat hukum adat dan pemerintah. Identitas budaya masyarakat hukum adat termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan jaman”.

Dalam hal lain syarat untuk dikatakan sebagai tindak pidana haruslah suatu perbuatan melawan hukum, sifat melawan hukum dalam teori ilmu hukum pidana dikenal adanya sifat melawan hukum yang secara tegas diatur

dalam undang-undang tertulis (formil) dan sifat melawan hukum yang tidak tertulis yakni selama bertentangan dengan norma-norma atau suatu kenyataan-kenyataan yang berlaku dalam masyarakat adat (materil). Oleh karena itu bahwa hukum tidak hanya undang-undang maka, dapat disimpulkan hukum pidana adat memiliki kedudukan yang jelas ialah berada dalam hukum pada umumnya.²⁴

Penegasan ini yang dimaksud oleh I. Sriyanto bahwa hukum pidana adat tidaklah dapat diabaikan karena memiliki kaedah-kaedah yang mencerminkan nilai moral yang tinggikan berlaku secara universal bagi seluruh masyarakat Indonesia, oleh karena disimpulkan kita dapat simpukan hukum pidana adat adalah mutlak perlu mendapatkan tempat dalam RUU KUHP sebagai bentuk pengakuan lebih konkret dalam hukum pidana nasional.²⁵

B. TINJAUAN UMUM TUJUAN PEMIDANAAN

1. Definisi Tujuan Pidanaan

Menurut Andi Hamzah, pidanaaan sama halnya dengan penjatuhan pidana. Pidana bagaimanakah yang akan dijatuhkan oleh hakim kepada orang yang melanggar nilai-nilai itu. Bagaimanakah pelaksanaan pidana itu kepada

²⁴ I. Sriyanto, *Kedudukan Hukum Pidana Adat Dalam Hukum Pidana Nasional (Sumbangan Pemikiran Bagi Pembentukan KUHP Nasional)*, <http://www.jhp.ui.ac.id>, diakses tanggal 25 April 2019.

²⁵ Ibid. I Sriyanto.

terpidana dan bagaimanakah membina narapidana sehingga dapat diubah menjadi manusia yang berguna dalam masyarakat Pancasila.²⁶

Sedangkan untuk merumuskan tujuan pidana dalam kalangan para ahli memiliki pertentangan antara satu dengan yang lainnya, pertentangan tersebut didasarkan pada sudut pandang melihat pidana, antara lain: sebagai sarana pembalasan atau teori absolut sedangkan yang lain melihat pidana memiliki tujuan yang positif atau teori tujuan, bahkan ada yang beranggapan untuk menggabungkan kedua tujuan tersebut atau teori gabungan, searah dengan hal tersebut Roeslan Saleh menyebutkan untuk merumuskan tujuan pidana menjadi suatu hal yang dilematis, antara apakah pidana untuk pembalasan atau tujuan yang layak atas suatu tindak pidana, yakni pencegahan tingkah laku yang anti sosial. Sedangkan apabila titik temu dari kedua pandangan tersebut tidak berhasil memerlukan formulasi baru dalam perumusan tujuan pidana.²⁷

Menurut Wirjono Prodjodikoro tujuan pidana tersebut diharapkan menjadi sarana perlindungan masyarakat, resosialisasi, rehabilitasi, pemenuhan pandangan masyarakat adat, aspek psikolog untuk menghilangkan rasa bersalah bagi yang bersangkutan, meskipun pidana itu

²⁶ Andi Hamzah, 1993. *Sistem Pidana dan Sistem Pemidanaan Indonesia*, Jakarta: Pradnya Paramita. Hlm. 9

²⁷ Roeslan Saleh, 1987. *Stelsel Pidana Indonesia*, Jakarta: Aksara Baru. Hlm. 27.

sendiri adalah nestapa tetapi tidak bermaksud untuk merendahkan martabat manusia atau menderitakan yang bersangkutan.²⁸

2. Tujuan Pidana Menurut KUHP

KUHP sebagai induk dari peraturan hukum pidana tertulis, yakni peraturan yang berlaku berasal dari *Wetboek Van Strafrecht Voor Nederlandsch Indie* biasa disingkat WvS (KUHP Belanda). WvS sebagai titah raja dengan naskah resmi bahasa Belanda kemudian diterjemahkan dan diberlakukan di Indonesia (Jawa dan Madura) berdasarkan Undang-Undang No. 1 tahun 1946. WvS yang naskah resmi bahasa Belanda diberlakukan berdasarkan Undang-Undang No. 73 tahun 1958 diseluruh wilayah Indonesia, semula berdasarkan Undang-Undang No. 1 tahun 1946 hanya berlaku untuk wilayah Jawa dan Madura.²⁹

Perlu dicatat bahwa KUHP sebagai induk dari peraturan tertulis yang berlaku sekarang ini tidak berdiri sendiri, akan tetapi dengan beberapa sumber hukum pidana tidak tertulis yakni salah satunya hukum pidana adat. Hukum pidana adat dalam proses peradilan pidana seringkali

²⁸ Wirjono Prodjodikoro, 1980. *Tindak Tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, Jakarta: P.T Erescohm. Hlm. 3.

²⁹ Tongat, 2012. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perspektif Pembaharuan*, UMMPress. Hlm. 28.

dikesampingkan dan mengutamakan peraturan tertulis. Sebagai peraturan yang tidak tertulis atau norma hukum yang hidup di masyarakat bukan berarti ditiadakan begitu saja.³⁰

Dalam perkembangan hukum sampai dengan sekarang ini, hukum tidak tertulis menjadi salah satu pembahasan yang ramai dalam kalangan intelektual maupun ahli hukum pidana di Indonesia mengingat banyaknya persoalan-persoalan hukum yang tidak terselesaikan. Berdasarkan belenggu legisme inilah para mahasiswa, sarjana maupun ahli hukum melihat kembali perumusan dari KUHP sah berlaku sekarang ini tidak berpihak pada nilai-nilai sosial apalagi konteks masyarakat Indonesia demi mewujudkan keadilan dalam masyarakat.³¹

Hal lain, adanya sumber hukum tidak tertulis dengan samar dikesampingkan oleh KUHP berlaku sekarang ini, mengingat penjelasan berlakunya asas legalitas yang termuat dalam pasal 1 ayat (1) KUHP tidak disertai dengan penjelasan kontekstual sehingga dalam pemahamannya asas legalitas sangat legalistik dan formalistik. Oleh sebab itu, sumber hukum yang dipahami oleh sarjana hukum maupun ahli hukum hanya terfokus pada sumber hukum tertulis, bahkan dianggap peraturan tertulis seolah-olah sumber hukum satu-satunya. Sedangkan dalam menghadapi dinamika masyarakat yang sangat pesat dan kompleks, konstruksi pola pikir sarjana

³⁰ Ibid. Tongat.

³¹ Ibid. Tongat.

hukum harus mendahului perkembangan tersebut agar tidak menghalangi perkembangan hukum itu sendiri.³²

3. Tujuan Pidana Menurut RUU KUHP

Sebagai salah satu permasalahan dasar dalam hukum pidana yang tersalurkan melalui KUHP serta perlu mendapatkan perhatian lebih yakni pidana dan ppidanaan. KUHP tidak menyebutkan tujuan dan pedoman sehingga penafsirannya tergantung penegak hukum yang terkait dan hakim memiliki interpretasi masing-masing. Inilah yang menyebabkan menjadi berdebatan yang tidak pernah ada ujung yang kemudian mengakibatkan tujuan ppidanaan sulit persatuan antara interpreasi yang satu dengan lainnya, selain pidana dalam KUHP yang bersifat kaku.³³

KUHP yang berlaku sekarang ini bertolak dari pendirian bahwa sumber hukum atau dasar patut atau tidaknya dipidana suatu perbuatan bergantung pada sumber hukum utama yakni peraturan perundang-undangan (hukum tertulis), artinya bertolak dari asas legalitas dalam pengertian yang formal.³⁴

Dengan kondisi itu, terdapat perluasan perumusan dalam RUU KUHP yakni arti yang materil dengan menegaskan bahwa ketentuan pasal 1

³² Ibid. Tongat.

³³ Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Badan Pembinaan Hukum Nasional. *Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional Bidang Hukum Pidana dan Sistem Ppidanaan (Politik Hukum dan Ppidanaan)*, <http://www.bphn.go.id>, diakses tanggal 27 April 2019.

³⁴ Barda Nawawi Arief. 1996. *Bunga Rampai Hukum Pidana*. Bandung: CitraAditya Bakti. Hlm. 79

ayat (1) itu tanpa mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat.³⁵ Penegasan selanjutnya terdapat dalam pasal 54 ayat RUU KUHP, bahwa³⁶:

(1) Pemidanaan bertujuan:

- a. Mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegaskan norma hukum demi pengayoman masyarakat
- b. Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna
- c. Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat
- d. Membebaskan rasa bersalah pada terpidana;

(2) Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Terlihat dalam perumusan tujuan pemidanaan ini tampak usaha untuk menggabungkan teori pemidanaan baik yang bersifat pencegahan umum maupun pencegahan khusus serta dengan teori perlindungan. Berdasarkan tujuan tersebut juga, tujuan dalam RUU KUHP ini menunjukkan bahwa tujuan politik kriminal pada hakikatnya adalah sebagai upaya perlindungan masyarakat (*social defence*). Sedangkan lebih khususnya sebagai yang

³⁵ Ibid Barda Nawawi. Hlm. 80

³⁶ Loc. Cit. Badan Pembinaan Hukum . . . , diakses tanggal 25 April 2019.

tercantum dalam huruf c yakni tujuan pemidanaan untuk memulihkan keseimbangan, artinya mengandung makna pemidanaan menurut hukum adat sebagai upaya pemulihan keseimbangan.³⁷

4. Teori Pemidanaan

4.1. Teori Absolut/ Teori Pembalasan (*vergeldingstheorien*)

Menurut teori ini, pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak pidana, pemidanaan diletakkan dalam kejahatan itu sendiri terlepas dari manfaat yang hendak dicapai.³⁸

Mengenai teori ini, Muladi dan Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa 'pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan, jadi dasar membenaran dari pidana terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri'.³⁹

4.2. Teori Relatif/ Teori Tujuan (*doeltheorien*)

Menurut teori ini, pidana tidak dikenakan demi pidana itu sendiri melainkan untuk suatu tujuan yang bermanfaat yakni untuk melindungi masyarakat atau pengayoman.⁴⁰ Ditegaskan oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief, bahwa 'pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang melakukan suatu tindak pidana, melainkan

³⁷ J. M. van Bemmelen. 1984, *Hukum Pidana*, diterjemahkan oleh Hasnan. Dalam Buku *Hukum Sanksi Adat Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana*, Malang: Setara Press. Hlm. 80.

³⁸ I Dewa Made Suartha, 2015. *Hukum dan Sanksi Adat Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana*. Malang: Setara Press. Hlm. 65.

³⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief. 1984, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*. Bandung: Alumni. Hlm. 10

⁴⁰ Op. Cit. I Dewa Suartha. Hlm. 72

tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat, yakni semata-mata untuk melindungi.⁴¹

Teori ini dibedakan menjadi prevensi umum atau pencegahan umum yakni menakutkan pelaku/ menitik beratkan pada eksekusi dan prevensi khusus atau pencegahan khusus yakni pencegahan “*dader*”/ menahan pelaku untuk melakukan perbuatan jahat,⁴² kemudian ditambahkan dengan fungsi perlindungan yakni dengan pidana pencabutan kemerdekaan selama beberapa waktu maka pelaku akan terhindar dari kejahatan yang mungkin dilakukannya jika ia bebas.⁴³

4.3. Teori Gabungan (*verenigingstheorien*)

Teori ini berkeinginan untuk menggabungkan yang menitik beratkan pada pembalasan dengan maksud untuk mempertahankan ketertiban masyarakat demi menyelamatkan kepentingan umum, terkait beberapa ahli dan pengarang Pompe adalah yang terkenal dengan teori ini. Menurut Pompe dalam buku Utrecht teori gabungan adalah suatu teori yang menggabungkan yang menitik beratkan pada perwujudan pembalasan (keadilan absolut) tetapi terbatas oleh kepentingan masyarakat.⁴⁴

Selanjutnya dibenarkan oleh Zevenbergen yang menyatakan bahwa makna tiap hukuman adalah membalas, tetapi tetap bertumpu pada tata

⁴¹ Op. Cit. Muladi dan Barda Nawawi. Hlm. 15

⁴² Loc. Cit. Andi Hamzah. Hlm. 34.

⁴³ Op. Cit. J. M. van Bemmelen. Hlm. 74.

⁴⁴ Utrecht. 1986. *Hukum Pidana I: Suatu Pengantar Hukum Pidana Untuk Tingkat Pelajaran Sarjana Muda Hukum, Suatu Pembahasan Pelajaran Umum*. Bandung: Pustaka Tinta Mas. Hlm. 187.

hukum maka, hukuman itu mengembalikan hormat pemerintah dan hukum itu sendiri. Artinya hukuman tersebut merupakan *ultimum remedium* yaitu jalan akhir apabila tidak ada jalan lain, beberapa literatur lain menyebutkan bahwa teori menggabungkan menyebutnya dengan demi kepentingan masyarakat.⁴⁵ Singkatnya, dikatakan sebagai teori menggabungkan karena melibatkan prevensi umum dan prevensi khusus.

4.4. Teori Integralistik

Tujuan pembedaan integralistik mulanya berasal dari adanya pandangan tentang konsep negara integralistik, yang dalam proses perkembangan konsep ini diberikan oleh beberapa ahli. Dari filsuf yang lebih dipercaya terkait konsep ini ialah Hegel, selain kedudukan di dunia filsafat Hegel yang dikenal oleh Prof. Mr. Dr. Supomo karena Hegel juga cukup dihargai tinggi dan kedudukan yang penting di dunia filsafat.⁴⁶

Pandangan integralistik Supomo inipun dalam prosesnya mengalami kritik dan tanggapan oleh tokoh Indonesia mulai proses pengutipan dan metode penyampaian Supomo terkait dengan teori terkait. Pertimbangan yang paling dilihat oleh beberapa tokoh ialah bahwa Supomo tidak ada uraian yang cukup tentang teori yang dimaksudkan dengan ajaran masing-

⁴⁵ Ibid. Utrecht. Hlm 188

⁴⁶ Marsillam Simandjuntak, 2003. *Pandangan Negara Integralistik; Sumber, Unsur, dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*. Jakarta: grafiti. Hlm. 11.

masing filsuf tersebut serta bagian mana dari ketiga filsuf tersebut yang mencerminkan teori tentang negara integralistik.⁴⁷

Kemudian oleh Muladi ditarik menjadi salah satu tujuan pemidanaan yang integratif (kemanusiaan dalam sistem pancasila), seiring dengan kompleksnya permasalahan pemidanaan. Untuk itu dibutuhkan pendekatan dimensional yang bersifat dasar terhadap dampak pemidanaan, baik yang bersifat individual maupun yang bersifat sosial.⁴⁸

Dari banyak pendapat para ahli terkait yang menganut teori integratif tentang tujuan pemidanaan, Muladi mengadakan kombinasi tujuan pemidanaan dengan pendekatan sosiologis, ideologis, dan yuridis filosofis serta didasari oleh asumsi dasar bahwa tindak pidana merupakan gangguan keseimbangan, keselarasan dan keserasian dalam masyarakat baik secara individual maupun masyarakat. Kemudian menegaskan tujuan pemidanaan adalah untuk memperbaiki kerusakan individual maupun sosial (*individual and social damages*) akibat dari tindak pidana.⁴⁹

C. TINJAUAN UMUM KRIMINALISASI KUMPUL KEBO

1. Definisi Kumpul Kebo

⁴⁷ Ibid. Marsillam Simandjuntak. Hlm. 131

⁴⁸ Muladi, 2002. *Lembaga Pidana Bersyarat*. Bandung: alumni. Hlm. 53

⁴⁹ Ibid. Muladi. Hlm. 61

Kumpul Kebo merupakan ungkapan yang benar dalam bahasa Indonesia karena diambil dari bahasa daerah (bahasa sosial) yang digunakan masyarakat Indonesia untuk menjelaskan ‘perbuatan hidup bersama sebagai suami istri diluar pernikahan yang sah’ untuk menggantikan kata *samenleven* (bahasa belanda).⁵⁰

Istilah Kumpul Kebo juga sering disebut dengan istilah latin *Cohabitation* berarti hidup sebagai suami istri tetapi tidak diikat oleh perkawinan yang sah, kemudian tumbuh dalam kalangan masyarakat tertentu yang dianggap sebagai pelanggaran hukum. Di Indonesia praktik kumpul kebo secara awam diartikan pasangan yang hidup dalam serumah tanpa ikatan pernikahan ini dipersamakan dengan kerbau (binatang) yang melakukan hubungan tertentu tanpa ada ikatan apapun. Sebagian masyarakat menganggap praktik ini sebagai praktik yang negatif, identik dengan seks diluar lembaga perkawinan.⁵¹

2. Tinjauan Kriminalisasi Kumpul Kebo dalam Konsep RUU KUHP

Kriminalisasi merupakan kebijakan untuk mengangkat, menetapkan, menunjuk, suatu perbuatan yang semula bukan merupakan tindak pidana menjadi salah satu tindak pidana, pada hakikatnya kriminalisasi adalah

⁵⁰ Badan Pengembangan Bahasa dan Perbukuan Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan. *Pengertian Kumpul Kebo*, <http://www.badanbahasa.kemdikbud.go.id>, diakses tanggal 25 April 2019.

⁵¹ Supriyadi Widodo Eddyono, *Masalah Tindak Pidana Kumpul Kebo (Cohabitation) dalam RKUHP*, (artikel online: dipost tanggal 1 bulan November 2016), diakses tanggal 27 Mei 2019.

perbuatan yang diangkat “*benoemd gedrag*”, atau perbuatan yang ditunjuk/ ditetapkan “*designated behavior*”.⁵²

KUHP yang berlaku sekarang ini, sebagai produk hindia-belanda WvS (*Wetboek van Strafrecht*) kumpul kebo tidak termasuk dalam perbuatan yang dapat dipidana. Sehubungan dengan adanya pembaharuan RUU KUHP, kumpul kebo dimasukkan sebagai salah satu tindak pidana yaitu sejak tahun 1977, namun dalam prosesnya kumpul kebo pernah ditiadakan/ ditarik kembali pada tahun 1989/1990, kemudian dimasukkan kembali pada tahun 1991/1992 sampai dengan draft naskah akademik RUU KUHP terakhir.⁵³

Perkembangan penyusunan konsep kumpul kebo dalam RUU KUHP mengalami perdebatan yang panjang sampai dengan hari ini, kumpul kebo merupakan salah satu realitas sosial yang memunculkan permasalahan-permasalahan tersendiri diberbagai daerah dan tidak terjamah oleh peraturan hukum. Selama ini bisa dilihat bahwa berlaku suatu norma yang bertentangan dengan kumpul kebo ini, bahkan dianggap sebagai suatu bentuk pelanggaran moral yang mengakibatkan masyarakat terganggu dengan keberadaannya.

RUU KUHP sebagai pengganti atas KUHP lama/ WvS produk belanda, menurut Barda Nawawi Arief penyusunan konsep RUU KUHP yakni suatu upaya pembaharuan keseluruhan sistem hukum pidana secara

⁵² Barda Nawawi Arief, 2007. *Delik Kesusilaan Pornografi Pornoaksi (Cyberporn Cybersex)*. Semarang: Pustaka Magister, Hlm. 1

⁵³ Loc. Cit. Barda Nawawi Arief. Hlm. 300

substantif yang terdapat dalam KUHP demi terwujudnya tujuan nasional (yaitu: *social defence* dan *social welfare*).⁵⁴

Istilah kumpul kebo dalam beberapa kajian komparatif juga dapat ditemukan dalam beberapa KUHP asing, delik kumpul kebo ini digunakan oleh beberapa negara untuk menjelaskan hidup bersama oleh orang dewasa tanpa ikatan perkawinan yang sah, antara lain:⁵⁵

- a. Pasal 193 KUHP Republik Federal Yugoslavia 1951, yang mengatakan ‘orang dewasa yang hidup bersama di luar ikatan perkawinan (*living in non-matrimonial union*’, identik dengan kumpul kebo, pen) dengan anak yang telah mencapai 14 tahun, dipidana dengan pidana penjara tidak kurang tiga bulan.
- b. Pasal 493 KUHP Singapura dan Malaysia dalam Bab XX tentang ‘*Offences Relating to Marriage*’, yang mengatakan ‘seorang laki-laki yang dengan cara memperdaya/ menipu seorang wanita yang tidak terikat dalam perkawinan yang sah dengan laki-laki itu, dan hidup bersama atau melakukan persetubuhan dengannya atas kepercayaan tersebut, diancam pidana penjara selama tidak lebih dari 20 (sic. 10 tahun) dan juga denda.
- c. Menurut KUHP Kanada:
 - a. Poligami dijadikan tindak pidana dan diancam dengan pidana maksimal lima tahun penjara .

⁵⁴ Loc. Cit. Barda Nawawi Arief. Hlm 302

⁵⁵ Loc. Cit. Barda Nawawi Arief. Hlm. 308-312.

b. Menurut pasal 293 (1), yang dimaksud dengan tindak pidana poligami ialah setiap orang:

- i. Setiap bentuk poligami
- ii. Setiap bentuk hidup bersama sebagai suami istri (*conjugal union*) dengan lebih dari satu orang pada saat yang sama, apakah hal itu diakui atau tidak oleh UU sebagai bentuk ikatan perkawinan.

Kebijakan kriminalisasi kumpul kebo berada dibagian keempat tentang Zina dan Perbuatan Cabul, tindak pidana kumpul kebo diambil dari penjelesan pasal terkait sebagaimana yang terkenal dalam masyarakat dan istilah kumpul kebo bukan sebagai istilah yuridis. Kebijakan kriminalisasi kumpul kebo terdapat dalam pasal 485, yang menyatakan setiap orang yang melakukan hidup bersama sebagai suami istri diluar perkawinan yang sah, dipidana pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak kategori II.⁵⁶ Sedangkan kepentingan hukum yang dilindungi dalam pasal 485 ialah nilai kesucian perkawinan, termasuk perlindungan terhadap janin dan janin untuk dilahirkan (*right to be born*).⁵⁷

D. TINJAUAN UMUM ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA

1. Asas Legalitas Formil

⁵⁶ Loc. Cit. Draft Naskah Akademik

⁵⁷ Eko Soponyono. *Kebijakan Kriminalisasi Kumpul Kebo Dalam Pembanguna Hukum Pidana Indonesia*. <http://www.ejournal.undip.ac.id>, diakses tanggal 25 April 2019.

Pemahaman asas legalitas, khususnya dalam hukum pidana di Indonesia sebagai pengadopsi dari KUHP Belanda atau WvS, tidak disertai dengan penjelasan kontekstual sehingga pemahaman dalam kalangan sarjana hukum hanya mengartikan asas legalitas sebatas tekstual semata, artinya beranjak dari hal tersebut pemahaman sarjana hukum bahkan sampai dengan hari ini masih banyak dengan pemahaman yang legalistik dan formalistik khas budaya Belanda.⁵⁸

Asas legalitas formil yang tercantum dalam pasal 1 ayat (1) KUHP yang dirumuskan dalam bahasa latin: “*Nullum Delictum Nulla Poena Sine Praevia Legi Poenali*”, kemudian diterjemahkan dalam bahasa Indonesia kata demi kata: “Tidak ada delik, tidak ada ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya”, kemudian ditarik rumusan bahwa sesuatu perbuatan dilarang, pengabaian sesuatu yang diharuskan, diancam pidana, ada peraturan perundang-undangan yang mengatur dan tidak berlaku surut dengan satu pengecualian yang tercantum dalam pasal 1 ayat (2) KUHP.⁵⁹

Menurut Cleiren & Nijboer, bahwa tidak ada kejahatan tanpa undang-undang, tidak ada pidana tanpa undang-undang, lebih lanjut kemudian mengatakan hukum pidana itu adalah hukum yang tertulis. Artinya

⁵⁸ Loc. Cit. Tongat. Hlm. 30

⁵⁹ Andi Hamzah, 2017. *Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika. Hlm. 36.

asas legalitas berarti tidak ada ketentuan yang samar-samar (bersifat karet) dan tidak ada hukum kebiasaan (*lex scripta*), serta tidak ada analogi.⁶⁰

2. Asas legalitas Materil

Asas legalitas materil menentukan suatu perbuatan melawan hukum atau sebagai perbuatan pidana ialah pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat atau hukum yang tidak tertulis, artinya prinsip ini merupakan refleksi atas keinginan masyarakat dan keadilan masyarakat.⁶¹

Adanya prinsip ini sebenarnya pemenuhan atas legalitas formil yang menitikberatkan pada peraturan perundang-undangan, sebagaimana yang ada dalam KUHP sekarang ini yang lebih cenderung pada peraturan tertulis. Seiring dengan perkembangan hukum, bahwa untuk menjamin adanya hukum tidak tertulis kemudian dirumuskan dalam RUU KUHP.

Sedangkan perumusan konsep asas legalitas materil terdapat dalam pasal 1 ayat (3) RUU KUHP ‘ketentuan sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan’, (4) ‘berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana yang dimaksud pada ayat

⁶⁰ Ibid. Andi Hamzah. Hlm. 38.

⁶¹ Loc. Cit. Tongat. Hlm. 53.

(3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa’.

Perumusan pasal 1 ayat (4) RUU KUHP lama dihapus, karena sudah diatur dalam pasal 93 ayat (2) yang menggunakan redaksi baru yakni kriteria atau rambu-rambu sumber hukum materil yang dalam KUHP sekarang berlaku belum ada. Hal ini berangkat dari ‘kriteria nasional’ yakni nilai Pancasila dan kriteria dalam dokumen internasional yakni dalam pasal 15 ayat 2 ICCPR.⁶² Artinya dalam pembaharuan hukum pidana melalui RUU KUHP ini terdapat penegasan khusus posisi terhadap norma/ hukum yang hidup dalam masyarakat.

Asas legalitas materil dalam RUU KUHP memiliki perumusan yang lebih maju dari pada KUHP yang berlaku sekarang ini, yakni dalam arti keinginan untuk mengadopsi nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Selain itu RUU KUHP mempertimbangkan hukum yang akan diterapkan hakim sejauh mungkin mungutamakan keadilan diatas kepastian hukum.⁶³

E. TINJAUAN UMUM SUMPAH BANYU ROTO

Berdasarkan hasil penelitian di masyarakat suku tengger, penulis melakukan wawancara dengan dukun adat untuk mendapatkan keterangan, keberadaan, serta penjelasan dari Sumpah Banyu Roto ini. Sumpah ini adalah

⁶² Ibid. Barda Nawawi Arief. Hlm. 337.

⁶³ Loc. Cit. Tongat. Hlm. 68.

sumpah yang harus dilakukan oleh seluruh masyarakat tengger. Seluruh masyarakat yang sejak lahir sudah berada di wilayah tengger, maka secara otomatis ia terikat dengan sumpah ini.⁶⁴ Sumpah ini memiliki tingkat sakralitas yang tinggi, sehingga menjadi dokumen rahasia yang tidak diberikan pada pihak luar, dan kami mendapatkannya berdasarkan salinan penulis dari dukun adat yang membacakan sumpah tersebut.

Kurang lebih, Sumpah Banyu Roto sebagai berikut: *Kong enbu towo-towo alang-alang sak kedok'an ngenteni udan. Sopo kang nandur roso, sopo kang wani dukak ayam liar e uwong, sopo kang wani tandure duwene uwong iku kang kenek Sumpah Banyu Roto. Ora kenek sedino, telung dino, ora kenek limang dino, petung dino, ora kenek petung dino, rolas dino, ora kenek rolas dino petang puluh prapat dino. Pas kenek Sumpah Banyu Roto ora loro sektas ora iso waras*".⁶⁵

Sumpah ini bertujuan untuk menjaga kestabilan kedamaian dilingkungan masyarakat suku Tengger. Sumpah ini diperuntukan bagi seluruh masyarakat suku Tengger dan mengikat dari lahir hingga meninggal atau keluar dari daerah suku Tengger. Jika ada orang baru yang masuk menjadi bagian dari suku Tengger melalui pernikahan, maka akan di Sumpah Banyu Roto oleh dukun adat suku Tengger. Sumpah Banyu Roto ini

⁶⁴ Berdasarkan hasil wawancara dengan dukun adat tengger, yakni Bapak Munali. Wawancara dilakukan pada hari Jumaat, tanggal 21 Desember 2018, di desa Tosari.

⁶⁵ Ibid.

dilakukan ketika acara adat Unan-unan. Sumpah Banyu Roto ini menjadi Hukum Adat yang dianut dan tidak boleh dilanggar masyarakat suku Tengger tanpa terkecuali.⁶⁶

Point inti/intisari dari Sumpah Banyu Roto antara lain:

- b. Siapa yang berbuat kurang baik, maka akan dihukum sang pencipta
- c. Sanksinya berupa sakit yang tidak ada obatnya
- d. Di ciptakan guna menjaga kedamaian masyarakat

Sang pencipta dalam sumpah ini, merupakan sang pencipta berdasarkan kepercayaan suku tengger sendiri, inilah yang menjadi corak religio-magis dari hukum adat di suku tengger.

⁶⁶ Ibid.